

## NATURALEZA DEL DERECHO CANONICO Y EXCOMUNION

(A propósito de una monografía de L. Gerosa) \*

ANGEL MARZOA

1. Es a todas luces un acierto, a la hora de intentar una fundamentación del Derecho Canónico, o tratar de construir una Teoría fundamental del mismo, abordar la cuestión penal. Y si, además, lo que se pretende es una fundamentación teológica, es doblemente acertado entonces buscar una naturaleza teológica —y si es excluyente mejor— a la pena de Excomunión, que era para los clásicos el nervio de la disciplina eclesiástica. Afectado el nervio, todo el sistema recibirá su influencia.

Gerosa, me parece, intuye certeramente estas relaciones, y por eso aborda la cuestión de la naturaleza de la Excomunión en la monografía que da motivo a estas reflexiones, para intentar inducir de ahí conclusiones respecto al derecho Penal Canónico, de tal manera que «sólo en el caso en que resultase que la Excomunión posee, al menos en sentido analógico, las características fundamentales de una pena, será del todo legítimo hablar de la existencia de un derecho penal en la Iglesia» (p. XXIII).

Decíamos que el intento, como tal, es un acierto: en efecto, «demonstrada» la naturaleza jurídico-penal de la Excomunión, se habría

\* L. GEROSA, *La scomunica è una pena? Saggio per una fondazione teologica del diritto penale canonico*, Fribourg, Editions Universitaires, 1984, XXIV+428 pp.

superado uno de los mayores escollos que pueden objetarse a las tesis acerca de la naturaleza del Derecho canónico que polarizan los estudios de un buen número de insignes canonistas de este siglo a partir fundamentalmente de los planteamientos del Prof. Mörsdorf. Porque el Derecho Penal es reflejamente uno de los más fuertes argumentos de la juridicidad neta del Derecho canónico (el otro es el Derecho Procesal, con el que nadie se ha atrevido todavía. Son el Derecho Penal y el Derecho Procesal, si se quiere, Derechos «adjetivos». Pero es que justamente el adjetivo —«jurídico»— es lo que aquí está en juego).

2. Valorado y situado el intento, vayamos con la impresión personal acerca del resultado. El libro se articula en tres partes: origen y desarrollo del actual debate doctrinal acerca del fundamento del Derecho Penal Canónico (I parte: pp. 3-112); fundamentación del Derecho Penal Canónico a la luz del Magisterio a partir del Concilio de Trento (II parte: pp. 113-248); y bases para una solución canonística de la cuestión (III parte: pp. 249-377). Se cierra con unas «consideraciones conclusivas» (pp. 377-388); y una extensa bibliografía final (pp. 396-428), de la que habrá que decir que, justamente por su extensión, acentúa algunas ausencias notables, como es el caso del Prof. Hervada, cuyas aportaciones en sede de fundamentación del Derecho Canónico es obvio que son hoy día imprescindibles, o las mínimas referencias en la misma línea de otros como Lombardía, Viladrich, Lo Castro, Feliciani, Jiménez Urresti...

3. Es en la III.<sup>a</sup> parte donde directamente se aborda la cuestión central anunciada: la naturaleza de la Excomunión (251-361). Lo cual, incluso gráfica y estadísticamente, pone de relieve una impresión que no he podido evitar ya desde la primera lectura del libro: que, pese al anuncio introductorio del método inductivo (XX-XXI), la realidad resultante viene a ser muy otra. Y es que enfrentarse directamente con la pena de Excomunión es muy «arriesgado» para lo que se pretende: su larga y rica historia canónica, y su dilatado y fecundo tratamiento doctrinal, han marcado tan profundamente su carácter que difícilmente ofrecería las bases necesarias para las conclusiones buscadas. Por ello es mi opinión que el *iter* del trabajo, quizá inconscientemente, y traicionado por el deseo, resulta otro: condicionar el juicio sobre la naturaleza de la pena mediante la construcción de unos presupuestos científicos que, a la hora de abordar la III.<sup>a</sup> parte, impidan la consideración aséptica y objetiva de la Excomunión como institución jurídica. Ello explicaría, sin justificarlo del todo, que se prescinda en el análisis de aportaciones tan contundentes como son la riquísima producción jurídico-canónica que surge en y a partir de

las Decretales<sup>1</sup>, época en la que, según el sentir unánime de la doctrina, puede situarse el nacimiento del Derecho canónico como ciencia.

Es por eso, quizás, por lo que ya desde la introducción, el punto de arranque es la cuestión de la legitimidad del derecho coactivo en la Iglesia, cuando lo que parecía anunciarse era un estudio directo de la Excomunión, para inducir del mismo la existencia y consiguiientemente la justificación si procediera (*de facto ad posee*) del «ius puniendi» (vid. pp. XX-XII, y p. 245, último párrafo).

Esta cuestión de legitimidad es planteada, además —después de referir algunos debates que pudieran haberla condicionado, como son los superados planteamientos de Marsilio de Padua (5-23), y pese a las luminosas aportaciones, tan estudiadas por la doctrina, de Suárez (24-34)— en confrontación con la libertad religiosa y su definitiva formalización doctrinal en la declaración conciliar *Dignitatis humanae* (vid. p. ej., pp. XI, 75, 76, 99, 105, 133, 146, 387). Es decir, se enfrenta el «credere non potest homo, nisi volens» (DH 10) con la imposición de penas.

He de confesar que a medida que avanzaba en la lectura del libro no podía salir de mi asombro: parecía en principio esta alusión a la libertad del acto de fe frente a la sanción canónica un recurso dialéctico para introducir la cuestión a través de las objeciones que pudieran venirle «de fuera», para desmarcarse de ellas con una respuesta clara e introducir de este modo al lector en el núcleo del tema: la legitimidad del ejercicio del «ius puniendi» dentro de la Iglesia, en confrontación con la naturaleza de la misma. Y, en efecto, parecía confirmarse la impresión en el momento en que el A. cita oportunamente a Pablo VI, quien sitúa el derecho de libertad religiosa «nel cuore delle relazioni fra Chiesa e Stato» (p. 75), que es el ámbito propio de la mencionada Declaración conciliar. Sin embargo, ya en la página siguiente revive de nuevo la cuestión, en una no clara distinción entre el concepto de «libertad» (ésta sí que es *basilar*, también en el ámbito canónico) y «libertad religiosa»; surge de nuevo en p. 99, en un momento en que se echa de menos una referencia a la definitiva aportación del Prof. Fuenmayor<sup>2</sup>; una vez más parece que se va a marginar este planteamiento, por no ser central y al parecer consecuencia de un desenfoque (vid. p. 105), pero resurge otra vez —cual pesadilla— en numerosas páginas ya citadas; hasta, incluso, en las mismas «consideraciones conclusivas» (p. 397). ¿Es que, en efecto,

1. Vid. A. MARZOA, *La censura de Excomunión (Estudio de su naturaleza en ss. XIII-XV)*, Pamplona 1985.

2. Me refiero fundamentalmente a su monografía *La libertad religiosa*, Pamplona 1974.

late realmente en el A. esta preocupación por «conciliar» *Dignitatis humanae* con el Derecho Penal canónico? ¿Es que se sigue confundiendo, después incluso del CIC 83, y la Constitución que lo promulga, el ámbito de libertad (esfera de no coacción) en que cualquier persona tiene derecho a formar sus convicciones y tomar sus decisiones religiosas, con el hecho de que una pena canónica pueda sancionar una conducta libre de quien libremente es miembro de la Iglesia? La pregunta no deja de flotar en el aire a lo largo de la lectura del libro; y, ciertamente, en el libro queda sin respuesta, casi como una amenaza: «non è difficile prevedere per un prossimo futuro la reazione di chi in esso vorrà trovare nuovamente confermata la pretesa antinomia insanabile fra l'applicazione di sanzioni canoniche e l'assioma evangelico 'non vi, sed verbo'» (p. 387).

4. Otra cuestión, casi obsesiva, aparece a lo largo del libro: *il diritto secolare*. Sería largo mencionar todos los lugares de referencia del mismo, siempre paralelos al empeño —digno ciertamente de la causa— de subrayar «la peculiarità del diritto canonico». Es este un viejo y a la vez reciente problema científico, que ha merecido valiosísimos ensayos, como algunos de los recogidos en la bibliografía final. No siempre, sin embargo, y ha de admitirse que no es tema fácil, se han evitado los extremos. Porque si extremo es el planteamiento a que han llegado algunos autores menores del IPE en la identificación, parejo peligro corre, por el lado opuesto, la excesiva «peculiarización». Un «Derecho», no puede ser tan peculiar como para perder la sustancia jurídica: mientras algo de ésta permanezca, algo común ha de haber con otros «Derechos». Ciertamente que es peculiar el Derecho Canónico: y peculiar frente al de las organizaciones estatales. Si no lo fuera, no sería canónico, sino simplemente secular. Es obvio. Pero lo mismo podría afirmarse del derecho secular frente al canónico, sin que ni uno ni otro vean por ello afectada su sustancia jurídica. No podía ser menos cuando ambos canónico y secular, *partecipan* y realizan la noción de derecho: uno y otros son formas de realizar *lo justo*; y *lo justo* viene condicionado —*peculiarizado*— por el medio *del qué y dónde* se predica: en el caso, la sociedad civil y la sociedad eclesiástica. Y en este sentido, en cuanto son *formas* de participación y realización de la noción de Derecho (de su noción «trascendental», al decir de Coccopalmario), unas arrastrarán de tal modo el condicionamiento del medio que hacen inviable su trasplante a otras; pero otras, en su acierto, serán trasvasables —sin arrastrar necesariamente ningún condicionamiento ideológico del medio en que nacen —como logros técnico-formales viables en cualquier ámbito (piénsese, por ej., en la promulgación de la ley, el rango normativo, la



institución procesal y gran parte de sus elementos, el criterio de territorialidad en la distribución del poder, etc...). Tiene que existir necesariamente recíproca comunicabilidad de aciertos en las formas concretas de realizar o hacer posible la justicia que son cada ordenamiento: justamente porque la justicia es un bien humano (sólo a través del filtro de la analogía es predicable de Dios). Y en sus formas concretas/históricas —como toda ciencia y hacer humanos— tiene que comunicar necesariamente con otras formaciones sociales que persiguen el mismo intento, aunque para unas frente a otras (no frente al «Derecho» trascendental) ese intento venga «peculiarizado» por aspiraciones de vida eterna. «Peculiarizar» es una cosa, separar otra distinta. Ya el mismo uso del adjetivo «peculiar» exige algo de común: a nadie se le ocurre calificar de peculiar el «tocino» frente a la «velocidad», si se me permite acudir al dicho castellano; simplemente son dos cosas distintas y bien distantes.

No comparto, pues, en este sentido, que la canonística deba evitar apoyarse en una pre-concepción filosófica del derecho para definir su propio objeto (p. 109). Entiendo que, una vez más, la afirmación puede ser el eco de una no del todo clara distinción entre el concepto «trascendental» de Derecho (que por ser tal, trasciende a cualquier realización concreta, en el sentido de *no agotarse* en ella), y el concepto o realización secular o estatal.

¿No es aquí también aplicable íntegramente aquel diálogo ciencia-fe que la Iglesia no sólo ha defendido como posible, sino afirmado como natural y necesario? ¿Es que se construye la teología al margen de otras ciencias humanas? ¿Deben, los teólogos, en su estudio de las verdades de fe, acudir previamente al autoclave que los depure de cualquier saber humano, para entrar así en el santuario de la teología aureolados con una perfecta asepsia frente a cualquier conocimiento, formulación, técnica... que ofrecen otras ciencias humanas? ¿Deben prescindir —o vacunarse— de todo tipo de «bacteria» proveniente de la filosofía aristotélica, por ejemplo, o de las aportaciones de la arqueología o antropología?

¿No se ha servido la Iglesia en su Magisterio, incluso solemne, de formulaciones filosóficas —humanas, al fin y al cabo— para acceder a una noción de Dios, por más que siempre insuficiente?

¿Por qué, entonces, esas exigencias de «puritarismo» exacerbado en el ámbito canónico, ciertamente tan distante en dignidad de la reina de las ciencias? ¿Por qué esa suerte de «maniqueísmo» en virtud del cual el menor «tufillo» de «derecho secular» es vitando? ¿No estaríamos, entonces, ante aquel lado opuesto del péndulo respecto al ocupado por algunos autores de un IPE tan certeramente analizado por el A.?

Es el mismo A. quien nos ofrece en su obra un texto de Pablo VI enormemente clarificador al respecto: «La sua applicazione pratica (se refiere precisamente al ejercicio del «ius coactivum» y se dirige el Pontífice a Jueces eclesiásticos) è allo studio, allo scopo di perfezionarlo sempre più, per adattarla alle esigenze del rispetto della persona umana, divenute oggi più severe e attente, e per inserirla così più armonicamente nel contesto della moderna realtà sociologica»<sup>3</sup>.

No han tenido recíproca «alergia» las formaciones sociales seculares para asumir logros técnicos o formales del propio Derecho canónico en sus propias codificaciones y elaboraciones científicas (piense, por ej., en la asunción de formalidades en el matrimonio civil, o de importantes instituciones procesales); lo cual, de rechazo, confirma la naturaleza jurídica del Derecho canónico, como es obvio.

Esta actitud que vengo comentando recuerda de algún modo la de aquellos monjes medievales a que alude Grabmann en su conocida *Historia de la teología católica*: les estaban prohibidos los estudios canónicos porque el Derecho canónico, como el Derecho secular o la Medicina —era su argumento— eran ciencias profanas..., que acaso pudieran contaminar la pureza de sus esencias contemplativas.

5. Otra «alergia» notable, acaso derivada de la anterior, se observa también, o al menos parece insinuarse, en el uso del término *sociedad* aplicado a la Iglesia. Alergia plenamente justificada en cuanto el concepto aludido pretendiera «globalizar» el ser de la Iglesia: en este sentido es luminosa la crítica realizada por el A. a algunos planteamientos del IPE. Pero injustificada a todas luces cuando el concepto pretende dar nombre a una dimensión de la Iglesia —aquella en la que el elemento humano vive todavía en la historia, con sus relaciones y comunicabilidades— que no le abarca totalmente, pero que le hace vivir en el mundo. En absoluto se opone, como elección excluyente, el concepto *sociedad* al de *communio*; éste último sí que se presenta —y con fundamento— con pretensiones de referir la Iglesia entera; y aquél entonces, ha de ser concebido como dimensión —parcial, por tanto, pero real: justamente, la dimensión externa de esa *communio*, concepto tan caro al Concilio Vaticano II y a la doctrina canónica moderna. Caro, pero no nuevo: el término *communio* es utilizado y apreciado sin excepción por nuestros clásicos, quienes —estos sí— con método inductivo, llegan a él a través del concepto y efectos de la *excomunión*.

Sobra, por consiguiente, razón al A. cuando afirma que han de

3. En AAS 62 (1970) 117. El A. lo transcribe en p. 139.

«abandonarse los angustiosos límites —asfixiantes incluso, añadiría yo— de una concepción de la Iglesia como sociedad» (p. 287). Pero no porque haya que «optar por una visión de la Iglesia como *communio*» (*Ibid.*) con carácter privativo, pues ambos conceptos, o mejor, las realidades que refieren, no son excluyentes, y consiguientemente no ha lugar al dilema: lo confirma el propio Concilio Vaticano II cuando por decenas utiliza la expresión *societas* para referirse a la Iglesia en esa dimensión externa en que cabalmente acontece lo que es susceptible de tratamiento jurídico (cfr. por ej., LG 8,9,20). Echamos, por ello, de menos que después de tan certero planteamiento crítico de las formulaciones del IPC, no se concluya con una adecuada depuración del concepto de *sociedad*.

Esto se advierte particularmente en el juicio que se hace a algunos textos Pontificios —es interesantísima la labor de selección de los mismos en pp. 115-145— que en este sentido considero desenfocado, y no del todo pertinente si se atiende al origen y rango de los mismos (*vid.*, p. ej., pp. 9, 122, 124; y también 123 en relación con la ya referida y obsesiva cuestión del enfrentamiento libertad de fe y coacción canónica). Pero particularmente quisiera detenerme en la p. 136, donde a propósito de un texto de Pablo VI, a mi modo de ver extrapolado, se alude al «elemento jurídico» como «una semplice struttura exterior» (Pablo VI) *e non una dimensione costitutiva e propria* —se dice— della realtà ecclesiale stessa» (el subrayado es nuestro). No puedo entender cómo es conciliable esta afirmación de cierta ajenidad del elemento jurídico respecto a la realidad eclesial misma, con «la realidad compleja que está integrada de un elemento humano y otro divino», con que «la asamblea visible y la comunidad espiritual, la Iglesia terrestre y la Iglesia enriquecida con los bienes celestiales no deben ser consideradas como dos cosas distintas» (LG. 8): ¿es que «elemento humano», «asamblea visible», «Iglesia terrestre» no son el lugar propio y necesario del elemento jurídico? ¿no es el elemento jurídico un elemento necesario de lo humano allí donde lo humano existe? ¿Es que «exterior» —refiriéndose al adjetivo utilizado por Pablo VI— significa necesariamente ajeno?: difíciles serían las conclusiones que, partiendo de estas premisas metodológicas, podrían dedudirse respecto, p. ej., al misterio del Verbo Encarnado, a quien «con notable analogía» (LG 8) se compara la misma Iglesia. El mismo Pontífice es citado por el A. a renglón seguido para calificar al Derecho canónico como necesidad *inherente* a la Iglesia (cfr. p. 137). ¿Se compagina esa «inherencia» con lo afirmado anteriormente?

6. Otro punto que no quisiera dejar de comentar es la valoración crítica que hace el A. (pp. 96-103) del pensamiento del Prof. Arias.

Digamos en primer lugar que la ausencia de transcripciones textuales no permite más que una aproximación, un tanto mediatizada, a su pensamiento. Esto nos llevaría a realizar una serie de precisiones a la exposición del A., en pp. 91-96 que obligarían a extendernos en demasía. Por ello quiero referirme exclusivamente a la «*valutazione critica*», y ello sin ánimo de exhaustividad (exhaustividad, por cierto, que tampoco pretende el Prof. Arias en la exposición de su pensamiento como para que se afirme en p. 96 que los principios jurídicos por él expuestos «son incapaci a esprimere compiutamente la ricchezza del mistero ecclesiale». Esto creo que podría afirmarse incluso en la entera *Lumen Gentium*).

Pues bien, después de esta suerte de descalificación global, curiosa por lo menos, al exigir pretensiones de exhaustividad a lo jurídico respecto a la Iglesia entera, enfrenta el A. las enseñanzas del Prof. Arias a propósito de la igualdad radical de los fieles —afirmación conciliar, no de Arias— con los conceptos de *vocación* y seguimiento de Cristo, para concluir la insuficiencia de los planteamientos del canonista español. Ciertamente, se podría también enfrentar al dogma de la Redención, o al propio de la Trinidad, y llegaríamos a idéntica —aunque más acentuada— solución. O concluir, más rápidamente, que no hay igualdad en la Iglesia porque a ello se opone el dogma de las penas eternas. Hablar —como lo hace el propio Concilio y el mismo CIC— de igualdad fundamental de los fieles como principio básico para la comprensión de la justicia en la Iglesia es moverse en un nivel epistemológico que de ningún modo puede mezclarse con el concepto sobrenatural de vocación. Son dos niveles que no pueden encontrarse en la misma palestra de debate científico, en el contexto y sentido en que el A. lo hace.

Respecto al principio de legalidad (pp. 97 y *passim*), y con independencia de las vías de discusión que abre al canonista este interesante tema, no puede haber nunca un mínimo punto de entendimiento entre las diversas posturas que puedan darse, en tanto no podamos distinguir lo que es *propio* del constitucionalismo moderno (en el sentido de exclusivamente peculiarizado, tal como exponíamos anteriormente), y lo que de modo más o menos definitivo *se formula en el mismo*: que el Derecho canónico presenta elementos de *legalidad* es cuestión obvia y orgullo legítimo de la historia de este ordenamiento<sup>4</sup>, aunqu se presente —o precisamente por eso— ya en los primeros mo-

4. Vid. entre otros, la interesante investigación de GIACCHI, *Precedenti canonistici del principio «nullum crime sine lege poenale»*, en «Studi in onore di Francesco Scaduto», Firenze 1936, pp. 46 ss.

mentos de la formación sistemática del derecho (ss. XIII-XV), y por tanto de modo muy rudimentario.

7. Otra cuestión: la Teoría fundamental de los fieles (p. 100). Es una lástima que no se aproveche esta referencia para, al menos, mencionar el importante trabajo de Viladrich<sup>5</sup>. Curiosamente, se menciona su obra en la bibliografía final, y, en cambio, al lamentar la ausencia de una teoría fundamental de los Derechos fundamentales en ámbito canónico, ni siquiera se alude a ella en cita. Entiendo que en esta obra se ofrecen elementos de juicio suficientemente sólidos como para que no pueda hablarse de una «aplicación mecánica» (p. 100), tomada del constitucionalismo del Estado, al Derecho canónico; elementos de juicio que legitiman la calificación que les otorga Arias como punto basilar en el entendimiento de la finalidad del Derecho Penal canónico (aunque la expresión utilizada por Arias es preferentemente la de «intereses fundamentales», lo cual tiene su importancia mirando a la razón de ser de un componente de derecho público como es el penal).

8. Ya he tenido ocasión de defender la vía judicial como vía adecuada y ordinaria de imposición de las penas canónicas; siempre, naturalmente, en aquellos casos en que se ha agotado cualquier otro recurso, y precisamente, por ello. Defensa en la que era consciente, no de hacer un planteamiento nuevo, sino de unirme a una dilatada tradición canónica<sup>6</sup>. Y entiendo que de una lectura desapasionada del c. 1342 § 1 (sólo como consecuencia también el §2) se desprende esa misma opción por parte del legislador: las vías judicial y administrativa no aparecen en el CIC en nivel de igualdad. En este sentido comparto, pues, plenamente el comentario del A. en la línea de que el canon citado «dia la preferenza alla via giudiziaria, potendo la stessa garantire una tutela più grande del delinquente» (pp. 223-224). Pero lo que ya no me parece correcto en un sistema congruente de interpretación es apelar en este momento al c. 1446 para dejar al lector que concluya una actitud negativa del legislador respecto a la imposición de penas: que sea deber de todo fiel evitar los litigios (c. 1446) no puede llevarnos a más conclusión que la dicha: evitarlos con el recurso a medidas preventivas; deber que en el ámbito penal no necesita acudir al c. 1446, bastando el c. 1341, en línea por lo demás con

5. P. J. VILADRICH, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel*, Pamplona 1969.

6. Vid. A. MARZOA, *Doble vía para la imposición de penas*, en «Ius Canonicum» XX (1980) 167-187, y bibliografía allí citada.

toda la doctrina clásica tan magistralmente reflejada en el conocido texto tridentino (sección XIII, *de reformat.*, cap. 1) que dio lugar en el CIC 17 al 2214 § 2.

Se diría que el A., no sólo pretende acudir al análisis de la naturaleza de la Excomunión bien pertrechado de ciertos prejuicios notoriamente condicionantes, sino que también pretende pertrechar de los mismos al lector. No encuentro otro sentido a esa invocación del c. 1446 y su insinuante comentario en p. 244.

9. En la misma línea entiendo que se mueve el comentario a p. 232 puntillosamente deducido del c. 1331 § 1: bien es cierto que no se utiliza ahí la expresión *excomión*, pero es justamente esta palabra la que abre el párrafo segundo del mismo canon. Toda conclusión que pretenda querer deducirse —o insinuarse— en este punto, viene por tanto inmediatamente desmentida.

10. En la página siguiente sostiene el A. que el nuevo CIC refleja «la tendenza a considerare normalmente la scomunica come pena *latae sententiae*» (p. 233). No vendría mal aquí referirnos —no lo hace el A.— al principio informador n.º 9 que recoge el propio *Praefatio* del nuevo CIC, y a partir de él analizar este comentario en relación con el abundante recurso del actual *liber VI* a penas indeterminadas. Porque partir de un dato meramente estadístico para considerar la excomunión *latae sententiae* como «modello base del sistema penale canonico» (p. 234) no me parece correcto<sup>7</sup>. Ni parece ser eso lo deducible de una consideración conjunta de los cc. 1314, 1318, 1324, 1331-1336, 1352, entre otros, de los que se desprende a mi modo de ver una clara confirmación del mencionado principio informador: la intención restrictiva del legislador respecto a la creación-imposición de las penas *latae sententiae*. Entiendo que la referencia explícita del *Codex* a varias excomuniones *latae sententiae*, en un contexto de amplitud de penas indeterminadas, lleva a la conclusión de que, atendiendo al carácter restrictivo de las penas automáticas, opta el legislador por hacer mención expresa de las mismas en algunos supuestos en que la especial gravedad o peculiaridad del delito, a su juicio,

7. Razones más serias, mirando a la «peculiaridad» del Derecho canónico, son las ofrecidas —en un planteamiento más general de las penas *latae sententiae*— por Mörsdorf, Scheuermann, Strigl, Coccopalmerio... Sin compartirlas, he de reconocer que se mueven en el difícil intento de explicar las relaciones entre lo jurídico y el fuero de la conciencia, cuestión delicada, donde las haya, en la ciencia canónica. Una crítica a este planteamiento puede verse, por ej., en J. Arias, *Penas «latae sententiae»: actualidad o anacronismo*, en *Diritto, persona e vita sociale. Scritti in memoria di Orio Giacchi*, vol. II, Milano 1984.



demandan este modo de sancionar. Es decir, no sólo no se presentan como «modelo base del sistema» sino que se entienden como recurso tan excepcional que el propio legislador considera oportuno romper él mismo la restricción con estas menciones excepcionales que cabalmente conforman, a la luz del conjunto del sistema, la regla general de que «la pena es generalmente *ferendae sententiae*» (c. 1314).

11. Una última observación, antes de pasar a la parte tercera, la motiva la nota 32 de p. 235. Me hace pensar la misma, en relación con algo ya comentado anteriormente, en un insuficiente conocimiento respecto a alguna bibliografía mencionada: situar a Herranz o Arias —si he entendido bien esta compleja referencia a pie de página— entre los que más o menos directamente compartían la propuesta de admisión del excomulgado al sacramento de la penitencia me parece un error de bulto. Particularmente, y por si no fueran suficientemente claras sus publicaciones, puedo afirmar —permítaseme el dato anecdótico— que ha sido precisamente la radical oposición a esta pretendida innovación —corruptela de la naturaleza de la institución que nos ocupa— la que, en fase de discusión de aquel proyecto, le llevó al Prof. Arias a conducirme al estudio de la naturaleza de la Excomunión en el momento en que esta se configura con mayor nitidez, con la intención —casi diría, seguridad— de que allí encontraría claramente contradicha la referida tendencia. Quiero pensar que se debe el error a una no del todo clara distinción entre sus argumentos en contra de la oportunidad de las penas *latae sententiae* (y esto sí que ha venido caracterizando los estudios penales de estos canonistas mencionados) y la naturaleza misma de la pena de Excomunión.

12. Pasemos a la tercera Parte. En ella se enfrenta el A. con la naturaleza de la Excomunión: ese estudio anunciado desde la Introducción, y al que por fin llegamos tras casi 250 páginas. Un estudio valiente, donde el A. aborda directamente la cuestión, con aportaciones interesantes de buen canonista. Pero, como decía al principio, y he tratado de justificar hasta el momento, en las 250 pp. anteriores se han dicho tantas cosas, se han tocado tantos puntos vitales del debate canónico —no todos justificados, en mi opinión— que difícilmente puede afrontarse ahora la cuestión libre de prejuicios. Se confirma enseguida la sospecha: «l'uso neotestamentario del termino —se afirma ya en el primer párrafo— è dunque privo di qualsiasi allusione ad un provvedimento disciplinare o penale della Chiesa» (p. 251). En dos líneas se descalifican serias investigaciones precedentes sobre este punto, y ello por un método no del todo legítimo: juzgar el pasado con categorías de la doctrina canónica moderna. Obviamente, no puede

existir ese «provvedimento» en un período de formación —de nacimiento— del Derecho canónico; precisamente de un Derecho canónico que tiene como honor el advenir en sus formalizaciones a la vida misma, no encorsetándose con preformalizaciones, sino formalizando lo que la vida de la Iglesia pone previamente en movimiento. ¿Se da cuenta el A. de las conclusiones a que tal metodología podría conducir en puntos centrales como el Primado, Colegialidad, infabilidad pontificia, sacramentalidad del episcopado...?

Dos páginas después se acude a Daskocil —en su conocida y meritosa, aunque no por todos compartida *Der Bann in der Urkirche*— para apoyar el aserto anterior. No se cita aquí a Arias en su estudio sobre el mismo tema (*La pena canónica en la Iglesia primitiva*) que precisamente llega a una conclusión distinta. Sin embargo se acude al propio Arias —y a su mencionado libro— en la página siguiente (nota 9 de la p. 254), ya que en este caso sí «ha demostrado in modo sufficientemente convincente» la opinión que sostiene el propio A. ¿Por qué aquí es «convincente» Arias y no se menciona siquiera en la página anterior?

El estudio que se desarrolla en esta parte tercera es —repito— interesante y sugerente, buena muestra de un trabajo de análisis en que no parece haberse escatimado tiempo ni esfuerzo. Mi investigación y publicación sobre el tema en los Decretalistas, y las conclusiones deducidas<sup>8</sup> me exime ahora de exponer mi punto de vista, y me limitaré a polemizar algunas cuestiones puntuales, como invitación al diálogo sobre esta apasionante cuestión.

13. En las pp. 239-241 encontramos de nuevo, en línea con la crítica metodológica que vengo sosteniendo, un nuevo reflejo del prejuicio referido. El planteamiento —perdóneseme la simplificación— viene a ser el siguiente: no se pueden abolir las penas *latae sententiae* porque, por ser la base y modelo del sistema penal, ello llevaría al peligro de transformar el Derecho Penal Canónico en un sistema fundamentalmente idéntico al positivista estatal moderno, lo cual por otra parte ya sabemos que es malo por principio. O sea, que la identidad —peculiaridad— del Derecho Penal canónico está en las penas automáticas. Siendo necesario que esto sea así, habrá que demostrarlo: para ello se sostendrá que la actuación del juez en el caso de la Excomunión es de mera constatación de un hecho —situación del reo— ya acaecido: el delincuente-pecador ya se había puesto fuera de la co-

8. Cfr. nota 1.

muni6n (juega el A. con los elementos Excomuni6n-sistema penal, operando identificaciones/reducciones que no responden al complejo sistema de penas —piénsese en las expiatorias, o en la suspensi6n—, que por tanto no se adecuaría del todo a esta conclusi6n, en el caso de ser correcta). Por consiguiente, veremos (en la parte III.<sup>a</sup>) que la Excomuni6n y pecado conducen prácticamente a lo mismo.

En la sucesi6n argumental, sin embargo, encontramos un punto —básico— que necesariamente hemos de discutir: «*commesso il delitto* —había sostenido el A. refiriéndose a los delitos contra la unidad de la fe—, la scomunica scatta e diventa giuridicamente vincolante «*ipso facto*», non perché così ha disposto positivamente l'autorità della Chiesa, ma piuttosto perché lo esige la dinamica stessa della «*communio*», che regge e guida tutta la comunità ecclesiale» (pp. 240-241). Al juez o superior no le quedaría, pues, más tarea que la de ejercer de *Notario* ante lo ya sucedido en virtud de «la dinámica stessa della 'communio'»; y ejercerá esta funci6n mediante la declaraci6n de la pena *latae sententiae*, o, en su caso, por la imposici6n, que no presenta mayores diferencias (¿se da cuenta el A. de que justamente la distinci6n entre penas *latae* y *ferendae sententiae* contradicen esta identificaci6n?).

El problema había sido ya planteado con anterioridad. Acudamos, por ejemplo, a un teólogo, Guillermo de Auvernia, nada sospechoso —por magisterio y por época—: él mismo explica por qué es la *sententia* (de Excomuni6n) y no el pecado, la causa de privaci6n de la «*communio*»: —¿es que el pecado no afecta a la comuni6n?, se pregunta. Sí, ciertamente: pero nos movemos —dice— en dos planos —hoy podríamos decir, en dos perspectivas formales de conceptualizaci6n— distintos. Planos que comunican, y es quizás en esa comunicabilidad donde puede estar la raz6n del error y de donde surge la necesidad de un estudio profundo del término «*communio*» que, huyendo de generalizaciones, determine claramente qué entendemos por tal, y si —¡qué bien lo entendía los clásicos! con unas formulaciones ciertamente simples, pero fruto de una decantaci6n de centurias, que es lo que distingue lo simple de la simpleza— es susceptible de una consideraci6n en sede jurídica o no. Es lo que sucede con la propia «Iglesia, a la que «*communio*» se identifica: ambas se refieren a idéntica realidad; realidad que *tiene* una dimensi6n histórica, de relaciones humanas, en la que se ubica el Derecho. Y en esta dimensi6n —«externa» según los antiguos— es donde la *sententia*, y no el pecado, despliega sus efectos, no meramente declarativos, sino verdaderamente constitutivos, en cuanto la realidad de la Iglesia ejerce una mediaci6n y en ella inhiere la operatividad de la *Excomunio* (es útil en este punto recordar la clásica controversia sobre los efec-

tos de la Excomunión injusta: allí se encontrarían elementos suficientes para comprender este planteamiento<sup>9</sup>).

El juez no constata: juzga, en toda la propiedad de la palabra, si, además del pecado, del que como tal no pretende conocer, ha habido delito: y confirmado este punto, impone una pena; una pena que *limita* —porque priva— la acción del fiel en la Iglesia. De no existir la pena, la limitación —aun exigida desde la instancia interior del delincuente en ciertos casos— no sería exigible en el ámbito en que se desarrollan las relaciones humanas —que no dejan de ser tales las de los cristianos. Y es el juicio y sentencia lo que determina la existencia del delito— no del pecado, que *de internis*...

Es interesante en este punto seguir el debate que a propósito del actual c. 1364 —si pena *ferendae* o *latae sententiae*— se sigue en el *coetus* respecto a algún *modus* que se pronunciaba reiteradamente —con parecidos argumentos a los que estamos tratando— por la pena *ferendae sententiae*. El *coetus* da una respuesta larga y enjundiosamente razonada, tratando de hacer ver las diferencias entre pecado y delito<sup>10</sup>, que acaso no ha sido del todo entendida, siendo tan conforme como era con la comprensión clásica de la Excomunión. (En la última revisión del texto codicial se impuso la implantación de la modalidad automática, pero entiendo que aquel debate y sus argumentos tienen que ser todavía estudiados en profundidad).

En páginas 288-289 se trata del supuesto que cabalmente fundamenta cuanto venimos diciendo. Se trata allí de las relaciones pecado-sacramento de la Penitencia-Eucaristía. Compartimos todo el planteamiento del A., excepto la conclusión, en la que justamente pensamos que estaría la solución al problema. Se afirma que, considerando la norma según la cual la Iglesia exige la confesión sacramental para recibir la Eucaristía (cfr. c. 916), y a no ser que concurra motivo grave e imposibilidad de acceder a la confesión, «il peccato grave incide concretamente sulla posizione giuridica del battezzato», quien «deve considerarse escluso dall'Eucarestia, il sacramento che significa e realizza la *communio plena*» (p. 289). Invito al A. a que extraiga *todas* las consecuencias de esta afirmación: es un precepto de la Iglesia el que *priva* al fiel del Sacramento, no la ausencia de la gracia, pues ésta *puede* recuperarse de inmediato por un acto de contrición perfecta —obviamente unida al propósito eficaz de confesarse—, que es lo que

9. Vid. por ej. ZELIAUSKAS, *De Excommunicatione vitiata apud Glossatores* (1140-1350), Zürich 1967.

10. Vid. la última respuesta del *Coetus* en «Communicationes» XV (1984) pp. 46-48.

fundamenta la excepción del precepto eclesial en supuestos especiales (c. 916).

Quiere esto decir que *no* es el pecado —que en el supuesto ya no existiría— sino el precepto el que impide la recepción del sacramento. Luego hay una distinción, es decir, distintas dimensiones de aquella *communio* que plenamente se realiza en la Eucaristía. El efecto de la Excomunión corre por vía distinta del pecado, aunque puede haber coincidencia en los efectos, al menos aparentemente: y desaparecido aquél, todavía la pena *está privando* al excomulgado de la *communio*. ¿De qué *communio*? no de la «interna», *coram Deo*, ciertamente. Por tanto, tiene la Excomunión un efecto constitutivo. Y esta distinción de «dimensiones» de la *communio* es justamente la que hace *peculiar* al Derecho Penal y le da toda su virtualidad: ahí es cabalmente donde se encuentra el *nervum disciplinae ecclesiasticae*, no en las penas *latae sententiae*.

Me viene a la memoria la contestación que Guillermo de Auvernia daba a sus opositores, quienes posiblemente se escandalizaban de que se otorgase al Derecho tal «relevancia» sobre los sacramentos. Les rebate el Auverniense: —¿que no puede la sentencia privar de la «communio»? ¿y puede, sin embargo, un Presbítero privar arbitrariamente de la Sagrada Eucaristía —máxima expresión de la *communio*— a un fiel que se la solicita? Ciertamente puede, simplemente no dándosela. ¿Y no les parece a ustedes que tiene más *dignitas* la jerarquía para privar de la *communio* simplemente externa a un delincuente mediante sentencia?<sup>11</sup>. No me parece poco profunda tal respuesta: ¿no le estaremos negando a la suprema autoridad lo que, en principio, y aun más gravemente, puede hacer el capricho de un hombre?

Son estas precisiones las que hacen correcto el nuevo c. 96: justamente nos parece adecuada la distinción que el A. critica (p. 290, nota 91) porque no es lo mismo —comunican pero no coinciden plenamente, como sucede en cualquier relación todo/parte— *communio ecclesiastica* y dimensión jurídica de la misma: y esta última es la que viene afectada por «la sanción legítimamente impuesta». También ahí se podría encontrar la explicación a la «sorprendente eliminación del can. 205 dell'inciso *Spiritum Christi habentes, quale quarto criterio di appartenenza alla piena comunione ecclesiale*» (p. 293). Es sorprendente, quizá, la omisión; pero, ¿dejaría de serlo tanto si a la luz de lo que venimos diciendo, se entendiera que *Lumen Gentium*

11. G. de AUVERNIA, *De sacramento ordinis*, cap. VIII, en *Opera omnia*, Parisiis 1674, t. I, pp. 546-549.

se refiere a la *communio ecclesiastica* y el CIC simplemente a la dimensión jurídica de esta *communio*? Quizá entonces la «sorprendente» eliminación no sería reflejo de «la presenza di un'animi positivisti» (Corecco), sino de lo que en rigor habría que reconocer como precisión jurídica.

Por eso comparto, una vez más —que no todo van a ser desacuerdos— la afirmación de p. 295: en efecto, ocurre aquí que el «no celebre ni comulgue» del c. 916 «no è l'effetto di una volontà positiva della Chiesa, ma la conseguenza di quella dinamica comunionale che informa tutta la struttura ecclesiale»: aquí sí que el c. es meramente declarativo. Pero esto es distinto del efecto de la Excomunión: éste sí es directamente efecto de la voluntad positiva de la Iglesia, efecto propio de la pena, independiente —aunque normalmente coincidiendo— con el efecto del pecado, según lo antes dicho. Lo que ocurre es que el pecado, por sí mismo, cierra las puertas a la gracia; la pena, en cambio, no dice relación *directa* a la gracia, sino a los *medios* para su recuperación (los sacramentos), que son elementos de mediación de la Iglesia entre Dios y el fiel. Por ello el Derecho, propiamente hablando, no otorga, reconoce o niega el derecho a los sacramentos en el sentido de «derecho a la gracia sacramental», sino el derecho a que la Iglesia realice —o su negativa— las prestaciones sacramentales necesarias para que a través del signo —elemento material/humano— se produzca el efecto —la gracia.

14. Todavía nos queda algún dato acerca de aquella predeterminación que, en nuestra opinión hipoteca las conclusiones del A. El título 3.2 del cap. I de esta III.<sup>a</sup> Parte (p. 304) es un nuevo ejemplo: se pregunta el A. si se puede identificar una diferencia *dogmática* específica entre pecado grave y delito (herejía, apostasía y cisma). Entiendo que, independientemente de las agudas observaciones que ocupan este título, hay que considerar que la pregunta está viciada en su misma formulación; pues sería algo así como preguntarnos si es identificable alguna diferencia *biológica*, por ejemplo, entre el delito de homicidio y su efecto: el cadáver. Evidentemente no: y no hace falta extenderse en razonamientos, porque la biología sólo detecta vida, y esta es precisamente lo que falta en el supuesto: la biología sólo verá a un hombre muerto. Creo que algo similar —y perdóneseme la exageración del ejemplo— sucede en el título que nos ocupa: evidentemente, la *dogmática* no puede identificar diferencias sustanciales; pero esto no añade nada ni nada le quita al «delito», que sólo es identificable en perspectiva jurídica; perspectiva que, por supuesto, desde su propia óptica tampoco identificará diferencias con el pecado, sim-



plemente porque no es su objeto de conocimiento, y le faltan categorías para identificarlo.

El problema es que el difuminado que este planteamiento del A. proyecta sobre estas diferencias no deja de ser un disolvente que elimina todo tipo de justificación de la necesidad de una absolución de la sanción penal previa al sacramento. Entonces, para tratar de ser congruente con el sistema legal que exige esa remisión previa, invoca al A. la «obediencia eclesial»; expresión que en su elegancia, adolece bastante de contenido específico y determinable (cfr. pp. 317-326, especialmente 324-325), y que no parece suficiente para romper el círculo vicioso a que todo el sistema planteado ha conducido.

Curiosamente, este mismo imperativo de justificar la presencia de una exigencia legal de previa remisión de la pena lleva al A. a hacer una afirmación que nos atreveríamos a calificar como una bomba de relojería dentro de todo *su* sistema lógico: «si deve dunque concludere che nell'evidenziarsi di una rottura della *communio*, come in ogni sua realizzazione particolare, *ill nesso con l'autorità possiede sempre un valore costitutivo* (p. 325. El subrayado es nuestro). Al fin, aparece la expresión «constitutivo».

15. Respecto al II.º cap. de la Parte III.ª (*Naturaleza jurídica* de la Excomunión, pp. 328 ss.), recordar una vez más que viene excesivamente condicionada por todo el planteamiento adoptado en las 300 páginas anteriores. Quizá por ello el A. prefiere obviar el Derecho clásico, limitándose a un estudio contrastado con la moderna Teoría general del Derecho Penal. Son, en sí mismas, muy válidas las síntesis que se ofrecen sobre la evolución del moderno Derecho Penal y su división de escuelas. Pero poco aportan a lo nuestro, salvo, una vez más, tratar de «demostrar» que lo nuestro, nuestro Derecho Penal canónico, debe apartarse de aquellas. Podría dar la impresión a un lector ajeno al mundo canónico que el sistema penal de la Iglesia nace en este siglo y lucha por su autonomía, cuando lo cierto es que en su perfección los precede a todos.

16. Terminemos por las consideraciones conclusivas (pp. 377 ss.). Sorprende en algunas de ellas la exclusiva mención del CIC 17 en puntos en que el nuevo Código aporta algunas modificaciones. No son fáciles de comprender en su conjunto. Quizá sea ello debido al temor de extraer todas las consecuencias que los planteamientos expuestos reclaman.

17. Confío en que sepa Gerosa comprender la razón y el tono de esta extensa reflexión a propósito de su interesante monografía. Casi tengo la seguridad de que lo esperaba: el estilo abierto, ensayista,

de su libro pide algo más que una breve reseña, crítica o favorable. Es una interpelación, página tras página, a la respuesta, al diálogo, incluso a la discusión apasionada, que agradezco a Gerosa.

Quien lee esta obra con atención —y lo merece, por cierto, que hay aquí muchas horas de trabajo—, o entra en la polémica —y eso es mérito del A. por su forma de exposición—, o pierde una extraordinaria ocasión de entusiasmarse con un tema —el Derecho Penal— que aun tiene mucho que ofrecer a la comprensión de todo el ordenamiento canónico.